POR GVILLERMO CAPELEN.

CON

Francisco Gomez Lazaro.

No se refiere tan ajustado y claro el hecho deste pleito en el informe de Francisco Gomez Lazaro, que dexe de conuenir para hazer llana la justificacion de la sentencia de vista el repetir su relacion ajustada con los autos del pleito.

1 PARECE que por Nauidad del año passado de 1640. Francisco Gomez Lazaro tenia partida de gengibre, que le auiã traido de Santo Domingo, y Iuan Diaz de Fuẽtes corredor de lonja, trató con el de que se lo vendiese a Guillermo Capellen, que lo pagaria luego de contado, tomando en parte de pago de lo que montase el precio vna escritura de ocho mil y ochocientos y doze reales, que le debia Francisco Diaz de Posadas, a pagar en fin de Diziembre de seilcientos y quarenta, y antes, plata, sin quedar obligado Capellen a saneamiento alguno, mas que a lo legal de serle debida la cantidad, y no pagada: y se vino a efetuar el contrato dos, o tres dias despues de Pasqua. Y Francisco Gomez Lazaro dio orden por escrito, su fecha en 29. de Diziembre, que està presentada en el pleito, y reconocida, para que la persona que tenia en su poder el gengibre se lo entregase a Guillermo Capelen. Y en esta conformidad lo deponen Francisco Diaz de Fuentes, corredor de la partida, y testigo presentado por ambas partes, y otros testigos de Guillermo Capelen. Y auiendo tenido en su poder Francisco Gomez Lazaro la escritura de que se le auia de hazer cesion, el mesmo la lleuò a Lucas Garcia Pizaño, Escriuano publico, en cinco de Enero de 1641. y se la entregò, dandole orden para que hiziesse y ordenase la cesion a su riesgo y ventura, quier cobrase, o no; y sin que Capelen quedase obligado a saneamiento alguno, mas que a serle debida y no pagada la canti-

dad

dad, y en el mesmo dia la otorgò y firmó Capelen, el qual para su resguardo pidio a Francisco Gomez Lazaro, que le diese vn recibo por donde constase como estaua pagado y satisfecho de todo el precio de el geogibre, y se lo dio en diez y siete de Enero, que està presentado en el pleito, y reconocido.

2 Despues en 25 del mesmo mes de Enero comiença este pleito Frãcisco Gomez Lazaro, pretendiendo, que Guillermo Capelen le ha de dar y pagar la cantidad de la cesion, porque Francisco Diaz de Posadas, deudor cedido, estaua falido, y que esta calidad la ignorô el, y la sabia, y era notoria a Guillermo Capelen; y para comprobar el falimiento de Francisco Diaz de Posadas presenta vnos testimonios, por los quales consta, que en dos de Enero se despachó mandamiento de execucion por veinte y siete mil reales contra Francisco Diaz de Posadas, a pedimiento de Sebastian Carlier; y que en doze del diche mes trató de pedir espera a sus acreedores: y en veinte de Febrero hizo pedimiento sobre que se declarase no poder ser preso por deudas, atento a ser hombre noble, y lo executorio en su fauor.

3 Guillermo Capelen contestó la demanda, defendiendose con los fundamentos que despues diremos: y visto por el Iuez ordinario, prõunciò sentencia contra Capelen: la qual se reuocò en vista, de que suplicò Francisco Gomez Lazaro, y està para determinarse en reuista; y la justicia de su pretension, y de la sentencia de vista es tan llana, que omitieramos esta diligencia, si Letrado de tan superiores fuerças no se nos vuiera opuesto, tomando la pluma para fundar, y persuadir lo contrario, y conturbar lo solido de los fundamentos de la defensa de Capelen.

4 En dos principios textuales estriba la defensa de Capelen, y justicia de la sentencia de vista, & vtrumque principium clarioris discursus gratia sigillatim percurram.

Principium primum.

5 GVillermo Capelen dio en pago la cesion sobre que se litiga, quã venditionem esse non ambigui iuris est, *l. cum is qui. 36. ff de fideiuss. l. modestinus 76 ff. de solut.* docet Seraphinus *decis. 172. num. 2.* & passim Doctores, & consequenter solummodo tenetur facere nomen verum, hoc est, debitum esse, non verò quod sit exigibile, & soluendo debitor cessus, *textus in l. si nomen, ff. de hæredit. vel act. vendit* ibi: *Locupletẽ esse debitorẽ nõ debere præstari, debitorẽ autẽ esse præstari, nisi aliud cõuenit:* consonat tex. *in l. pupilli debitor, §. soror, ff. de solut. l. inter causas, §. ab esse, ff. mandati, l. 3. in fine, ff. de fideiuss.* Bald. *in l. si noxa, ff. de hære. vel act. ven.* vbi quod venditor nominis tantũ tenetur facere bonũ de iure, id est, obligatum, sed non de facto, hoc est, debitorem esse soluendo: idem Baldus *cons. 72. lib. 3.* plures relati, & sequuti per Surdum *decis. 326. num. 40.* & sequenti, vbi ait: *Quod vendens aliquod ius tenetur præstare, quod illud stet, vt dicitur de vendente nomen debitoris qui obligatur ad præstandum, quod ille sit debitor, licet non præstet, quod sit soluendo,* decisio Sabaudiæ per Antonium Fabrum in definitione 15. C. de hæredit. vẽdit.

dit. ibi: *Et quamuis non teneatur facere bonum nomen, tenetur tamen facere verum, id est præstare se creditorem, licet non locupletem debitorem*: Costa *de facti sci. & igno reg.* 10. *num.* 7. Ant. de Amatis *decis.* 6. *num.* 9. Schifordigherus *lib.* 3. *tractatu* 23. *q.* 15. & 16. Ioan. Decherus *lib.* 1, *dissertatione* 5. *num.* 13.

6 Reconociendo la certeza de este principio, y confessandolo por textual los Abogados de Francisco Gomez Lazaro, acumulan varias respuestas para que se entienda, que no estamos en la regla segun las circunstancias del hecho, sino en sus limitaciones, in quibus impugnandis (si labor est) totum opus, & labor erit.

Prima aduersariorum responsio.

7 LO primero responden, que la regla de la ley, *si nomen*, y sus concordantes se limita, y no procede quando el deudor cedido esta ua ya falido, & soluendo non erat a el tiempo de la cession: porque en tal caso no se juzga que el que dio en pago tal deudor, aya pagado: y ponderan la decision de el texto *in l. ideoque, cum leg. sequenti, ff. de dolo*: que parece prueban claramente, que no tiene accion el que la tiene contra aquel que no tiene de que pagar; y para que quadre a su defensa esta respuesta asientan por llano en el hecho, que a el tiempo de la cession estaua falido Francisco Diaz de Posadas, deudor cedido: y que la decision de la ley *si nomen*, & similium, procede quando el cesionario ignorò el mal estado y falimiento de el deudor cedido, como suponen lo ignorò Françisco Gomez Lazaro.

Impugnatio.

8 SI el discurso no se engaña, no se que pueda ser cosa mas contraria a la decision de la ley *si nomen*, que la primera parte de esta respuesta; porque como acabamos de ver, expressamente dispone Vlpiano *in dicta l. si nomen*, que no es obligacion del cediente, que el deudor cedido sea rico, y abonado a el tiempo de la cession, vt patet ibi: *Locupletem esse debitorem non debere præstari*: y dase la razon, *in dict. l. inter causas, §. ab esse*: S. quod licet debitor cessus soluendo non sit, venditori tamen, vel cedenti nomen pecunia abest. *Abesse* (inquit) *intelligitur pecunia fideiussori, etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is soluendo non fuerit*: & tanta pecunia intelligitur abesse quanta venditori, vel cedenti debetur, vt loquitur Iurisconsultus *in l. qui debitorem ff de fideiussoribus*: igitur si tanta pecunia abest venditori nominis, quanta ei ex nomine vendito debetur, & tantam intelligitur dare emptori vẽdendo, & cedendo nomen, non iure contendunt aduersarij, que el q̃ vende, o cede vna dita quando el deudor cedido no tiene de que pagar no dà, ni paga, y queda toda via obligado. Nec vlla lex, aut iuris ratio huic sententiæ repugnat, nec Iurisconsulti in *dict, l. si nomen, d. l. si plus, § fin. & in d. §. soror vllius*, distinctionis meminerunt, & plus æquè fuerit licentia refragantibus tot, & tam expressis verbis perspicuum Iurisconsultorum sensum distinctionibus conturbare.

9 Ni se pondera bien para el intento la decision del Consulto *in d.l, ideoque, cum l.sequenti ff.de dolo*: porque para el caso particular en que habia procede bien, que es lo mesmo no tener accion que tenerla cõtra vn falido y falto de bienes, quia cum in eius specie el pupilo estè en daño por el dolo de Ticio, que contratò con su tutor, y este daño es fuerça que se le satisfaga, o por el tutor, o por Ticio, *l.2. iuncta l.4 ff de dolo*, aunque tenga la accion tutelæ contra el tutor, si està pobre, y falido, no consigue satisfacion de el daño, y por el consiguiẽte viene a ser lo mismo que sino tuuiera accion contra el tutor: por lo qual es preciso que el menor se valga de la accion subsidiaria de dolo contra Titium; sin que por esto se pueda dezir, que no es verdadera accion la que el pupilo tiene contra su tutor falido, y pobre: como lo denota bien el Iurisconsulto con la palabra *videtur*, de que vsó, ibi: *Nullam videtur actionem habere*, quæ denotat improprietatem, *l.1. §. deieciße ff.de vi, & vi, ar. l.singularia, ff.si certum petatur*: Bartol. *in l.si is, qui pro emptore, ff.de vsucap.* Alexand, *in l.ita stipulatus, §.Chrysoganus ff. de verbor oblig*, y es lo mesmo que si dixera, aunque es accion la que se tiene contra el deudor falido, no parece que lo es para denegar la accion de dolo, quæ non datur nisi in subsidium, & quando per aliam actionem non famosam damnum minimè resarciri valet, *d.leg.2, & l.4*, porque quando el derecho finge, præsupponit contrariam veritatem, vt patet in postliminium, *§.sed si ab hostibus, institu.quibus modis ius patria potest.solui, & §.fin.institu. quibus non est permi.facc.testa.* in quibus iuribus, la ley finge muerto a el que verdaderamente no lo fue, y finge no cautiuo a el que verdaderamente lo estaua. Y de aqui es, quod à iuris interpretibus fictio describitur, *quod sit in re certa contraria veritati pro veritate assumptio*, vt videre est apud Eucrardum *in topi. loco. aui fictionis*, Farin.*q.36.à num.*135. Verùm, para los terminos y materia de la ley *si nomen*, y sus concordantes, basta que competa verdadera accion, aunque impropriè loquendo se pueda dezir, que no lo es, quando el deudor cedido está falido: porque con esta licet inanis sit, se contenta Vlpiano in illis verbis: *Locupletem esse debitorem non debere præstari, debitorem autem esse præstari*: luego si basta ser deudor, aunque no sea abonado, basta que sea cierta la accion, licet sit inanis propter inopiam debitoris cessi; exulet igitur tanquam alienum à bona iuris prudentia argumentum desumptum á Iurisconsulto *in d.l.ideo, cum lege sequenti*: cum sit necessum fateri, potius destruere, quàm restringere regulam, *d. leg.si nomen*, & similium, quod ius non patitur, nec patietur per doctus aduersarius.

10 Nec negotium facessit Senatus Sabaudiæ apud Anton. Faber *dif finitione 15.C.de hæred.vel action vendi*: que se ponderó en Estrados a la vista deste pleito, ibi: *Cedens quidquid iuris habet accepto pretio, alia verè qualibet venditoris oco est, ideoque si cessionario ex causa aliqua inutil s sit cessio, & infructuosa, tenetur cedens ad restitutionem pretij, eorumque omnium, quæ accepit*: porque quando dize, *quod si cessio ex aliqua causa prorsus inutilis sit cessionario vendens, vel cedens, tenetur ad restitutionem pretij, eorumque omnium quæ accepit*, no se ha de entender en caso que la cessiou sit inutilis ex causa inopiæ debitoris; porque en esse caso en la

misma

misma dificion lo contrario sintio el Senado, vt colligitur ex illis verbis: *Et quamuis non teneatur facere bonum nomen, tenetur tamen facere verum, id est præstare se creditorem, licet non locupletem debitorem:* ex alijs igitur causis intelligendus est Senatus, v.g. Si por causa, embargo, o hecho de algun tercero acreedor a los bienes del vendedor, y cediente se impidiere la cobrança a el comprador, de suerte que le venga a ser inutil la cessiõ, sin embargo de que la deuda fuesse cierta, y el deudor tuuiesse de que pagar: y en este caso sintio muy bien el Senado, q̃ el deudor debia restituir el precio recebido por la cession, pues le salia inutil, e infructuosa; y es el caso, que pudo tener duda, apud Senatum; porque el caso de salir inutil propter inopiã debitoris cessi era expresso de la dicha *l. si nomen.*

11 Vel aliter intelligendum Senatum non immorabor affirmare, videlicet, vt loquatur en caso que vno vende, o cede quidquid iuris habet aduersus tertium, vel ex nomine, vel qualibet alia actione; como si dixera: todo lo que me debe Sempronio en poca, o en mucha cantidad os lo vendo, y cedo por tanto; o si dixera: todo lo que Pedro me mandó en su testamento en mucha, o en poca cantidad os lo vendo y cedo: y en este caso si saliere inutil la cession, o porque Sempronio no le debia cosa alguna, o porque Pedro en su testamento no le hizo legado alguno, si en ello procedio con buena fee, tendra obligaciõ a restituir lo que recibio por la tal cession; y si con dolo præter pretiũ ad interesse tenebitur, ex sententia Senatus vbi proximè. quia debet esse nomen debitoris, vel legatum, vt possit retineri prætium, quia cum nomen, vel legatum sit res, quæ venditur, non potest esse emptio, & venditio, nisi sit res, cum absque re non contrahatur emptio, nec venditio, *l. nec emptio 8. ff. de contrah. emp. l. cum hæreditatem 7. ff. de hæredit. vel action. vendit.* Y que en estos terminos se aya de entender, q̃ habla el Senado, *in dict. defini.* se conuence con euidencia, porque para la dicha conclusion cita por fundamento Ant. Fabr. en el num. 3. la dicha ley *cum hæreditatem*: por lo qual es fuerça entendamos a el Senado en los mesmos terminos de la ley *cum hæreditatem*, quia Doctores vulgare est accipiendos fore secundum cotas, quas allegant Bart. *in l. non solum §. si liberationis, ff. de liberat. leg.* y la ley *cum hæreditatem*, habla en caso y terminos de herencia vendida, que no auia, nec erat in rerum natura, como de su contextura consta, y la entienden la glossa Odofredo, & communiter DD, ibidem, & Vuesembechius *in paratitlis ad tit. de hæredit. vel act. vend. num. 1.* cuius verba, quia vno ictu rationem assignat, referam. *Atque in primis* (inquit) *si hæreditas veneat necessum est mortuum esse eum, de cuius hæreditate agitur: alioqui nulla erit venditio, quia in rerum natura non sit, quod venierit l. 1. hoc. tit hæreditas enim viuentis nulla est. gloss. in dict. l. 1, oportet itaque verè subsistere hæreditatem, nec enim alea emitur, vt in venatione, l. cum hæreditatem 7. hoc tit.* De suerte, que si el cediẽte tenetur cessionario restituere, quidquid accepit pro cessione condictione sine causa, y esto se funda en la dicha ley *hæreditatem*, y esta ley habla en caso, quòd nulla erat hæreditas in rerum natura: consiguientemente avremos de entender la difinicion del Senado, en caso, que cessio inutilis sit, quia nomen legatũ

vel alia actio cessa non erat in rerum natura: en cuyos terminos no nos hallamos en el caso deste pleito, pues no se duda, que Guillermo Capelen tenia el derecho y accion que cedio a Francisco Gomez Lazaro, ni que Francisco Diaz de Posadas fuesse deudor de la cantidad.

12 Et quiden aliter intellectus senatus Sabaudiæ propria solummodo niteretur authoritate, & cõtra tex. expressum *in d.l. si plus* §. *fin.* desiniret, vbi vendens nomen quale est non tenetur prestare, vt aliquid exigi possit; sic enim ait Hermogenianus ibidem: *Qui nomen quale fuit vendidit: dumtaxat vt sit, nõ vt exigi etiam aliquod possit & dolum præstare cogitur.* Oppugnaretur etiam Senatus sententia, ex decis. text. *in l. quod si in venditione*, *l. quod si sit hæreditas*, *ff. de hæred. vel act. vend.* in quorum specie vendentes quidquid iuris habent in hæreditate alterius, no quedan obligados a cosa alguna, etiam si ad eos hæreditas nõ pertinuerit; ex quibus securè defendit Parisius *in additionibus ad Bartholum in rubrica, ff. de hæred. vel act. vendita:* quod conclusio illa, videlicet, nominis venditorem creditorem ostendere se teneri non procedere, si vendiderit ius, quod habet contra talẽ: quia tunc nec creditorem se ostendere tenebitur, consequenter igitur vili pendenda erit senatus definitio, cum plus tribuendum sit legum conditoribus, quã Sabaudiæ patribus conscriptis.

13 Y no se satisface con lo que se añade en la segunda parte desta respuesta insistiendo en que la decision de la *ley si nomen*, no procede en casso que el cesionario, o comprador de la dita ignoró a el tiempo de la cesion el falimiento de el deudor cedido: porque aunque es verdad, que algunos la quisieron limitar, en caso que el comprador de la deuda cedida ignorase tunc temporis venditionis el deudor non esse soluendo; porque dizen podra ocurrir contra venditorem, para que le buelua y restituya la cantidad que por precio de la deuda recibio. Non desunt tamen qui contrariam sententiam, & quidem validissimis fundamentis insequantur, videlicet decisionem *dict. l. si nomen*, & similium indistinctê procedere, siue sciat, siue ignoret emptor debitorem non esse soluendo: ij fuere Bart. *in l. Mæuia, ff solut. matrim.* ibidem Paul. de Castro *num.* 4. idem Paulus, & Immola *in l. si cũ dotem*, § *si mulier, ff. solut. matr.* Surdus cons. 452. num. 16. ibi; *Non ergo Camera tenetur præstare Domino Constantino, quod nomen, Viuolorum cessum sit soluendo, & idoneum sed solum quod sit verum, de quo non potest dubitari, sibi ergo dominus Constantinus imputet qui acceptauit in solutum nomen debitoris, quem ignorabat, esse soluendo; cum tamen deberet scissitari eius conditionem & statum: l. qui cum alio, ff de reg. iuris. hæc namque crassa ignorantia illum non excusat, quia paria sunt quod sciuerit, vel quod scire debuerit illum non esse soluendo:* nouiter doctissimus Ant. Fabr. *lib.* 12. *coniect. cap.* 8. Ioãnes de cherus *lib.* 1 *dissert.* 5. *num.* 12. ibi: *Addo cessionarium nequidem ignorantiæ prætextu cessi debitoris periculum euadere: ex natura quippe cessionis est cessionarium huic periculo exponi: dict. §. soror, d l. si nomen, d. l. Iulianus, in fin. in his autem, quæ de natura a us sunt sciens & ignorans eodem iure censentur, l. non dubitatur, 6. C. de euict.*

14 Y aqui es de aduertir, que aunque se cita a Bartulo por la contra-

ria

ria opinion, *in l. si cum dotem, §. si mulier ff. solut. ma r. & in l. qui debitorem, ff. de fideiussoribus*, no fue de tal opinion: porque en los lugares referidos solummodo loquitur debitore delegato, vel ex promissore, seu fideiussore: en los quales llanamente fue Bartulo de opinion, que se debe distinguir sciens ab ignorante, vt patet ex distinctione per ipsum posita, *in dict. l. Maui, ff. soluto matr.* afirmando lo contrario en los terminos de la *l. si nomẽ*, vt procedat indistinct. siue sciat, siue ignoret emptor. Y aunq̃ Paulo de Castro *in d. l. Mauia*, no hallò razon porq̃ distinguiesse Bartulo nominis emptorẽ à creditore recipiẽte debitorẽ delegatũ, para nro proposito basta q̃ Bartulo sintiese aliter in emptore nominis, quâm in recipiente debitorem, para que no se pueda citar por la contraria opinion, por auer hecho la distincion de sciencia o ignorancia inopiæ debitoris delegati, queriendo que fuesse de la misma opinion in emptore nominis, siquidem in hoc contrarium indistinctè, & expressé Bartolus secutus fuit *in d. l. Mauia*, y es opiniõ mas cierta y juridica propter generalitatem *d. l. si nomen*, & similiũ, que sin distincion de sciencia, o ignorancia solo obligan a el vendedor a que haga cierto el serle debida, y no pagada la deuda; non verò quod sit soluendo debitor eius; y lo que la ley no distingue, nec nos distinguemus, *l. de pretio ff. de Publitiana*, quia si voluisset, sic restringere, id dixisset, arg. *l. vnica, §. sin autem id deficientis, C. de caducis tollendis*, Baldus *in cons. 298. volum. 2.* vbi ait, quòd lex exprimit quando aliquid vult: Surdus alijs relatis, *decis. 276. nu.* 10. Et generaliter dictũ, generaliter debet intelligi: *tex. in cap. solitæ de maiori. & obe. l. 1. §. generaliter, ff. de legatis præstandis:* Iason *in l. non dubium num. 38. C. de legibus*, Crauetta *cons. 272.* etiam si in vno esset maior ratio, quám in alio, *l. 1. §. quòd autem ff. de aleatoribus*, Surdus *decis. 277, num. 8.* fuera de que el comprador que alega ignorancia, fatetur se in culpa fuisse, supuesto que debio saber, e informarse de el estado de el deudor que le auiã de pagar, arg. text. *in l. qui cum alio ff. de regulis iuris*, qui procedit non solum respectu personæ, sed etiam respectu rei, & aliorum iurium, vt post Cumanum, Decium, Gratum, et alios docet Surdus *decis. 265 num. 46.* & consequens damnum, quod sua culpa sensit sibi, non debitori, debet imputare, *l. quod quis damnum ff. illo titulo*, & qua ratione scientiam emptori nocere contrariæ sententiæ asseclæ fatentur, eadem & ignorantiam nocere fateri coguntur: paria enim sunt in iure, saber, o deber saber, *l. quod te mihi 5. in fin. ff. de rebus credit.* & ita resoluit Surdus exponendo, *d. l. si nomen in d. cons. 452. nu. 26.* sicut enim venditori denegatur aditus ad rescindendam venditionem, eo solo prætextu, quod res plus valeret tempore venditionis, quàm ipse vẽderet, per text, *in l. quisquis, C. de rescind. vend.* porque debio primero que tratara de vender inquirir y saber rei vires, merita, atque emolumenta: adeò vt ignorantia eo casu iudicetur crassa, & supina, & ipsum non excuset: sic similiter denegari debet emptori venditionis rescissionem petenti quod rei venditæ qualitates vires, ac merita ignorauerit; porque debiera saberlo, e informarse bien de lo que compraua antes de efetuar la venta, *ex d. l. quisquis:* quæ licet loquatur de venditore accipienda quoque est de emptore, quia in iure propter æqualitatem contractus, quidquid dicitur de venditore,

ditore procedit, etiam in emptore, & è contra: vt laté resoluit Pinellus *in l.2.part.1.cap.2.num.1.C.de rescind.vendit.* quapropter emptionis, & venditionis verbis promiscuè veteres vtebantur, *l.veteres 20. ff.de actionibus empti*; nec enim ferenda esset tanta inæqualitas, vt vẽditori noceret ignorantia; emptori autem prodesset contra iuris regulas.

15 Sin que obste el fundamento que los Autores de la contraria opiniõ hazẽ en la ley *promittendo, §.á debitore, ff.de iure dotium*: sacando el argumento à contrario sensu, porque se responde, que el argumento à contrario sensu, aunque es fuerte en el derecho, todauia se limita y no ha lugar quando resulta correctio legum aliter in casu contrario disponentium, text. *in l.2.C.de condit.incertis, l. conuenticulum, C.de Episcopis, & Clericis, cap.à nobis, el segundo, de sent. & com.* vbi Abbas, & Felinus, Euerardus, *in locis legalibus, loco* 82.*à num.*7. y teniẽdo como tenemos leyes expressas que general, e indistintamente determinan, que el peligro de la deuda vendida, etiam præsens, sea por quenta de el comprador, videlicet, *dict, l.si nomen*, cum alijs, no se debe admitir, ni ha lugar el argumento à contrario sensu deprompt ũ, *ex d.l.§.si à debitore.*

16 Y si le replicáre que no es correccion de la *ley si nomen*, sino limitacion de su regla, serà digno de ponderar, que si fuera limitacion cierta y juridica, no la ignorare Vlpiano Autor de la dicha ley *si nomen*, y como hizo mencion de la limitacion, en caso que entre las partes aliud conuenisset, lo hiziera de la dicha limitacion, en caso de ignorãcia, por ser tan considerable, y mas dubitable que la de que hizo mẽcion, cum iura clamẽt contractus ex conuentione leges accipere, cũ igitur Vlpianus non meminerit prædictæ limitationis in causa, scilicet ignorantiæ non leue argumentum est nullo iure fulciri, falsoq; & ex proprio capite absque lege ab interpretibus inuentam, atq; introductam fuisse.

17 Vel secundo respondetur speciale esse in causa dotis, vt siue maritus, siue mulier decipiatur in recipiendo nomen non idoneum subueniatur sibi, si ignoranter receperit propter æquitatem, *l.iure succursum, §.fin ff.de iure dotium*, in emptoribus verò nominum indistinctè seruanda est decisio *dict.l.si nomen*, vt volunt Paulus de Castro *in d.l. Mæuia, num*.4.& qui ipsum sequuntur.

18 Tertio, & magis ad rem se responde, que el Iurisconsulto *in d.§.si á debitore*, no se ha, ni debe entender de el marido, que sabiendo y teniendo noticia de que el deudor que su muger pro solutione dotis le delegò no tenia con que pagar, quinimo inopia laborabat, admissit debitorem delegatum: porque otro es el sentido cierto y verdadero de aquellas palabras; *Quod sciens tale nomen secutus videretur*: videlicet, imputari posse marito, qui prudens, & sciens secutus est nomen debitoris tale quale ab initio obligationis fuerit, tametsi nãq; debitorem inopem esse ignorauerit, hoc ipsum tamen sciens, & prudens fecit: id est, vltro, cum prius inquirere noluerit, quod facere poterat, si voluisset, an esset soluendo, vel non debitor, que fue lo mesmo que si dixera el Consulto, que luego que el marido se contenta con que vn tercero se le obligue es visto tomarlo por su riesgo ex consul-

consulto, & scienter, quier tenga con que pagar, quier no: de suerte, que aquella palabra *sciens*, *d.§.si à debitore*, no se ha de entender de la scientia que el marido puede tener de él mal estado de el deudor, sino que el marido ex proposito se contentò con la obligacion de el deudor tal qual fuesse, sin querer inquirir, ni saber, vtrum esset soluẽdo, necnè? vt apprime interpretatur Antonius Fabr. *vbi supra d. cap. 8* & quidẽ aliter intellectus Paulus *in d.§.si à debitore*, absurdè ratiocinaretur: porque auiendo propuesto el caso de el marido, qui recepit debitorem inopem ab vxore delegatum, sin la calidad de que supiesse, o no debitorem delegatum inopem esse, no debio en buen discurso resoluer periculum præsens esse mariti, dando por razon, quòd sciret inopiam, supuesto que en la pregunta no hizo mencion de sciencia, o ignorancia que tuuiesse el marido de la pobreza de el deudor: vt igitur ab hoc absurdo liberemus Paulum exponatur, vt per Fabrum, vbi proximè.

19 Y aunque la glossa, *in l. si quis stipulatus 112.§ fin. ff. de verbor. obligationibus*, entendio a Paulo, *in d.§. abesse*, y a Vlpiano, *in d. l. 3. ff de fideiussoribus*: ibi: *Planè si non idoneum fideiussorem dederit, magis est, vt satisfactum sit*: vt procedant data scientia creditoris fue expropio capite, y apretada de la dificultad que le causò la resolucion de Pomponio *in d.§. fin.* quẽ intelligendũ voluit de creditore ignorante, siendo ansi, quod de prædicta ignorantia Pomponius neque vnum verbum fecit: y a mi corto entender (bien vistos los dichos textos) no necessitan de cõcordia tan diuinatoria: porque Pomponio *in d.§, fin.* va explicando la obligacion de el que prometio dar fiador pro centum aureis, y llegãdo a cumplir la promessa no da fiador, o lo dà minus idoneum, quomodo intelligendum inquit Donellus ibidem, vt quæstio procedat, & summat Iass. *num. 1*, y en tal caso dize Pomponio ex Proculi sentẽtia, quod poterit agere statim creditor ad interesse, quia in stipulatione satis dationis semper venit, quod interest stipulantis; que es lo mismo que si dixera, pues no da buen fiador tal qual debe ad interesse agendum est, & hoc quia stipulatio satis dandi est facti, & in hoc genere si promissis non paretur, succedit obligatio ad interesse, *l. stipulationes non, versic. Celsus, l. si prægnans, ff. de verborum obligationibus*, in summa igitur Pomponius *in d.§ fin.* loquitur de eo fideiussore, quem licet dederit debitor reum, & obligatum, à creditore tamen admissus non fuit, quinimo Iurisconsultum consuluit, quo sibi posset remedio consulere aduersus debitorem promissis non parentem: Paulus verò *in d.§ abesse*, & Vlpiani *in d. l 3. de fideiussor.* de his creditoribus sermonem fecerunt, qui debitorem delegatum, & fideiussores minus idoneos admisserunt: vt sunt verba expressa tum Pauli, ibi: *Qui admittit debitorem delegatum*: tum Vlpianus, ibi: *Quia qui admissit eum fide iubentem idoneum esse comprobauit*: con que los dichos textos no necessitan de la concordia diuinatoria de la glossa, que pudiera acordarse de la opinion que tuuo *in d. l. 3. ff de fideiuss.* vbi docuit procedere eius decisionem, siue scienter, siue ignoranter fideiussor minus idoneus recipiatur.

20 Ex quibus la opinion contraria viene a quedar sin fundamento;

adeô vt securè afferendum sit, quod posito, sed non concesso, que se repute por comun, adhuc ab hac quam defendimus opinione, et sequuntur Bartolus, Paulus, Immola, Antonius Fabr. Surdus, et Decherus non sit recedendum tam in indicando, quàm in consulendo, cum sit fulsita melioribus rationibus, ex notatis per Ioannem Andream *in cap.*1. et ibi Abbas *de constitutionibus*, docet expresse Alex. *in l. cum prolatis ff. de re iudicata, in fin.* sequitur Auiles *in cap.*1. *Pratorum, verbo fiel*, iustius enim et æquius est illi sententiæ adhærere, quæ melioribus rationibus fulcitur, inquit Angelus *in cons.*170. *col.*6. quem sequitur Decius, *cons.*376. *num.*7. et *consil.*476. *num.*9. et *cons.*494. et *cons.*481. *in fine*, vbi inquit recedendum esse á communi quando opinio fundata contra communem sit melioribus rationibus, nam sæpenumerò contingit, quód DD. imitantur aues, quæ quando vna volat omnes aliæ sequuntur: Curtius Iunior *in cons.*160. *in fin.* vbi docet, quòd possumus à communi recedere, quando opinio paucorũ Doctorum, vel vnius fundaretur subtili, et meliori ratione, ex textu, qui ad id solet allegari, vt inquit Abbas vbi supra *in l.*1. *vers. sed nec, C. d. veteri iure enucleando*, vbi ait Imperator, quód ex multitudine authorum non est iudicandum, quia posset vnius, et deterioris sententia multos, et maiores in aliqua parte superare: docet el señor don Iuan de la Rea, *parte 2. conclusione 66. num.* 10. lo qual con mayor razon se debe dezir, y afirmar en el caso presente, teniendo (como tenemos por nuestra opinion ex antiquis) a Bartulo, Paulo de Castro, Immola, et ex recentioribus a Pedro Surdo, Iuan de Cherio, y a el doctissimo Antonio Fabro, quem vnum pro multis nouioribus contrariæ sententiæ assectis non difficulter ausus sum opponere: nec dubito eius authoritati ob nimiam iuris scientiam, et peritiam reliquos, qui nouerint, cessuros.

21 Præterquamquod in dubio emptorem præsumitur habuisse sciẽtiam inopiæ debitoris cessi, vel delegati, vt notanter voluit Angelus *in l.*1. *ff. si quis cautionibus*, et animaduertit Alexan. contrariȩ sententiæ acerrimus defensor *in d. l. si cum dotem*, §. *si mulier, num.* 4. *ff. soluto matrim.* ibi: *Vnum addo circa prædicta, videlicet quod in dubio præsumitur creditorem sciuisse sibi delegatum fuisse inopem, & sibi debet imputare si ante non explorauit eius conditionem, quoniam eum recipiendo videtur tanquam idoneum approbasse.* Hæc ille.

22 Y aunque sintiendo la dificultad los Autores de la contraria opinion, præsertim neotheresi la limitarõ, vt procedat solummodo data, et probata iusta ignorantiæ causa, vt videre est apud Barbosá *in l. æstimatis, num.* 11. *ff. soluto matrim.* Felicianum *de censibus tom.*2. *lib.*2. *cap.*1. *num.*13. Rodriguez *de redditibus q.*21. *num.* 22. *lib.*1. esta causa justa no la prueba Francisco Gomez Lazaro; Porque debiera informarse, y procurar inquirir el estado en que se hallaua Francisco Diaz de Posadas, pues si era tan malo como dize, no se le podia esconder con mediana diligencia que hiziesse para saberlo, y sino lo inquirio, ni procuró saber, sibi imputet, como dize Alexandro vbi proximè, y confiessa llanamente, que no tuuo causa justa de ignorancia, quo casu æquiparatur scienti, vt inquit Baldus *in l. manifestissimè, num.* 8. *C. de furtis*: sequitur Iass. *in d. l. quandiu, C. qui admittantur, num.* 7. *nu. primo limitatione*

*tione:*Craueta *conſ.222.num.* 8 donde dize, que no ſe eſcuſa ſino hizo la diligencia para ſaberlo: ſequitur Hondedeo *conſ.30.num.31.* vbi loquitur de emptore, et habet iuri conſonam rationem (licet alij non aſsiguẽt) ſcilicet, quod vbi negligentia præceſsit, ſaltem peraccidẽs, et indirectè datur voluntas in ignorante, vt à ſimili probatur ex Papiniani reſponſo *in l.1.ff.de legibus*, ibi: *Sponte, vel ignorantia contrahuntur,* donde nos dio a entender, que tan voluntarios ſon los delitos q̃ ſe cometen por ignorancia, como los que ſe cometen ſabiendo la prohibicion de la ley, aunque con diferencia: quia cum vocat delicta *ſponte contracta*, loquitur de ſimpliciter et directè voluntarijs, cum verò vocat *delicta ignorantia contracta*, loquitur de delictis etiam volũtarijs, ſed non ſimpliciter; ſed peraccidens, et indirectè: vt quando negligentia ignorantiam præceſsit; y en eſta forma es fuerça entender a Papiniano, por ir hablando de el caſtigo de los delitos que ſe cometen anſi a ſabiendas, como por ignorancia: para lo qual neceſſum eſt ſuppoſuiſſe proculdubio delicta, tam ſponte, quam ignorantia perpetrata eſſe volũtaria, aliàs coerceri non poſſent, *l.1.§.diuus Adrianus ff.ad leg Cornel.de ſicarijs, l.diuus Adrian.ff.eod.* ibi: *In maleficijs voluntas expectatur*: vbi gloſſa concordantes cumulat Farina. *q.87.num.1.6* et 7. Accedit Innocentius 4. *in capi.1.§ neque obſtaret de conceſsione prabenda*, ibi: *Aut niſi poſt tempus, infra quod ignorare minimè debuiſſent*: quia preciſſé intelligendus eſt de illo, qui debitam diligentiam non adhibuit, vt ſciret legem, quippe qui dicetur actum poſtea ſubſequutũ velle delictum que imputabitur ei, etſi maximè legem ignorauerit, quia licet aliàs actus ob legis ignorãtiam ſimpliciter, et directè non ſit voluntarius, negari tamen non poteſt dari voluntatem in ſic ignorante, ſaltem peraccidens, et indirectè, et exinde iure ei imputatur culpa propter præcedentem negligentiam: igitur ſua ſibi nocet voluntas emptori, vel ceſsionario, et recipiendo tale nomen bonum facit et idoneum eſſe comprobat, *d §.abeſſe, & d.leg.3.de fideiuſſor.* cum ſciens, prudenſque id nomen ſecutus videatur, *d.§.ſi.à debitore.* entendido vt per Ant.Fabr. vbi ſupra, *num.* 8.

23 Viendo Franciſco Gomez Lazaro, que no hizo en quanto a eſto diligencia alguna, y que ni aun tiene alegado el auerla hecho, con q̃ es inexcuſable la ignorancia que alega, ſe vale para juſtificarla, de que Guillermo Capelen tiene alegado, que Franciſco Diaz de Poſadas por el tiempo de la ceſsion, y deſpues tenia ſu tienda abierta y ſurtida, y que eſto fue baſtante para que entendieſſe eſtaua abonado. Verùm nihil minus iuſtificat eius ignorantiam, porque ſiempre ha ido contradiziendo eſta alegacion, inſiſtiendo en que quando ſe efectuó el contrato, e hizo la ceſsion, eſtaua ya falido Franciſco Diaz de Poſadas, preſentando para eſto los teſtimonios, por donde conſta, que en dos de Enero eſtaua executado Franciſco Diaz de Poſadas, aun de nombramiento, por 27U000. reales, y que en doze començô a pedir eſpera a ſus acreedores, y eſtaua retraido, y la tienda cerrada: ac perconſequens no puede aora aprouecharſe de alegacion que tan enixamente ha impugnado *l alia, C.de his quibus vt indignis, l. Papinianus §.meminiſſe ff de inoffic.teſtamento, l.qui falſas, C.de falſis, regul, ex eo non debet*

bet.de reg.iuris,in 6.cap.cum olim,de censibus, Surdus *conf.136.num.29.& conf.328.num.* 15. Y procede auque sea confession hecha por la parte, porque no aceptada, e impugnada non potest retorqueri in commodum impugnantis, ex Bald. *in l.contra iuris,§.fin.ff.de pactis*, Sese, decis. *Aragonia*, 393. *num.* 144. fuera de que es muy contingente tener tienda abierta, y no con que pagar a los acreedores, mayormẽte quãdo la tienda se compone de generos de tan poca estimacion, como es vna especeria: y por el consiguiente no fuera bastante el ver que tenia la tienda abierta, para creer, que estaua abonado, sin hazer mas diligencia y pesquisa.

24 Insuper non capio qua ratione se pondera para justificar la ignorancia de Francisco Gomez Lazaro la especie de el Consulto, *in l.si verò, § si quis mandauerit ff.mandati*; porque su resolucion se funda, en q̃ el que intercedio en el prestamo, le dixo a el que prestaua a el hijo de famllias, que bien lo podia hazer, y esto con demasiado aprieto, vt patet, ibi: *Intercesserit, qui diceret non accipere contra Senatus consultum, & periculo meo crede dicat; bene credis*, calidad que no se halla en nuestro caso, porque Guillermo Capelen no dixo, ni afirmò a Francisco Gomez Lazaro, que era buena dita, y que tenia Francisco Diaz de Posadas bienes de que pagar, y esto es tan cierto, que no ha dicho, ni alegado lo contrario Francisco Gomez Lazaro solamente en su informe de derecho dize su Abogado, que se ha de presumir, que Guillermo Capelen le dixo y afirmó ser buena la dita, y cobrable, quod facile conuincitur; tunc, quia el afirmar que la dita era buena, est quid facti, et quæ sunt facti non præsumũtur, nisi probentur, *l. in bello, §. facta, ff.de cap.& post*; cum vulgatis, de quibus per Menoch. *de præsumptionib lib.6, præsumptione* 15. *num.* 1. y fuera presumir delito contra textum, *in l. meritò, ff pro socio l.omnimodo, C.de inoff test, cap.fin de præsumpt.* pues no se pudiera escusar de dolo, *l, Iulianus, § quid tamen ff, de actionibus empti*. dolosum autem crimine inuolui satis liquet ex traditis à gloss, *in l, 1. § si apud seruum ff, depositi:* Deciano *conf, 32, num*, 70. *lib.* 3. Et exinde dolus nunquam præsumitur, *l.dolum, C.de dolo, l si creditor, C, de pignor, actione*: tum; quia licet de iure procederet semejante presuncion; toda via para que pudiera fauorecer el intento de Francisco Gomez Lazaro lo debiera alegar en el pleito, vt loquendo de qualibet præsumptione hominis dixit Felinus *in cap scribebam, in fine, de præsumpt* Menoch *de præsumpt.lib*; 1.*q*, 48, *num*, 44. sin que baste, quod in iuris allegationib. deducatur ab erudito eius patrono, ex Bartulo communiter recepto, *in l, eum, qui, § qui ita, num.4 ff de verbor. obligat.* fortasis ne adeo alienigena censeatur ratiocinatio deprompta ab specie consulti *in d, § si quis mandauerit.*

Secunda aduersariorum responsio.

25 LO segundo responden, que la ley *si nomen* no procede quando el cediente procedio con dolo en la cession, o venta de la dita, siendo el deudor falido, y pobre; porq̃ en tal caso tenetur ad interesse doli actione

actione per textum *in d.l.si plus,§.fin.ff.de euictionibus*, ibi: *Et dolum præstare cogitur*: y pretenden fundar con diferentes conjeturas, y presunciones, que Guillermo Capelen quando hizo la cesion y contrato con Francisco Gomez Lazaro sabia, que Francisco Diaz de Posadas su deudor estaua falido, y pobre, e imposibilitado de pagar: & exinde colligunt, que procedio cõ dolo, teneriq; ad interesse, que en este caso viene a ser pagarle de contado a Francisco Gomez Lazaro la cantidad de la escritura cedida.

Impugnatio.

26 Confessamos ser textual la limitacion de que se valen en esta segunda respuesta; mas negamos, que en el hecho estè ajustado lo necessario, para que se pueda dezir y juzgar, que tuuo dolo Guillermo Capelen quando contratò con Francisco Gomez Lazaro, y se hizo la cesion de que se trata: porque assentado por llano (& fatentur aduersarij) quòd alleganti dolum incumbit onus probandi *l.quoties*, §.*qui dolo ff.de probat*, Mascar.*de probat. conclusione* 531.*nu.* 9. y que el dolo no se presume sino se prueba manifiestamente, *d.l. dolum*, dum ait: *dolum ex inditijs perspicuis probari conuenit*: latè, & perdoctè Farinatius *de pœnis temp.q.*99.*nu.*2. Bargalius *de dolo,lib.*4.*cap.* 8.*à num.*7. quia á natura quilibet bonus presumitur, *d. l.meritò*, & *d. l.omnimodo*, & *cap.fin. de præsumpt.* huicq; præsumptioni ex diametro contradicit dolus, cum bonus non sit, qui alterum dolo circumuenit, vt ratiocinatur Baldus *in l.*1.*q.fin.C.si quis omissa causa test.* Sequitur Felin. *d. cap.fin.num.*15.*de præsumpt.* la presuncion que se põdera contra Guillermo Capelen, fundada en que por la breuedad del tiempo que passó desde que se otorgò la cesiõ, hasta que se descubriò, y publicò el falimiento de Francisco Diaz de Posadas, aunq̃ se confiesse efetuado el contrato por fin de Diziembre, se presume lo sabia Guillermo Capelen, facillimo negotio conuincitur: porque si por la breuedad del tiempo que huuo hasta que se publicó el falimiento, se presume sciencia en el cediente, con mayor razon se debe presumir quando actualmente a el tiempo de la cesion es pubilco, que está el deudor falido, y con todo esso no basta para que teneatur venditor nominis, como sea cierta, y verdadera la accion, y derecho que vende, o cede, ex *d.l.si nomen*, luego se ha de confessar vna de dos cosas, o que la sciencia del falimiento del deudor cedido non generat dolum in venditore, vel cèdente; o que aunque actualmente tempore cesionis esté falido, no se presume que lo sabe el cediente, aliás fuera legitima esta consequencia, debitor cessus impotens est soluendo, igitur cedens in dolo est cedendo tale nomen: y de aqui saldrà por ilacion precisa, quòd non erit dabilis casus, en q̃ se practique la regla de la ley *si nomen*, pues siempre estaremos en su limitacion propter dolum præsumptum, scilicet scientiam veram, vel præsumptam inopię debitoris cesi: quod quam alienum à bona Iurisprudentia sit, inficias iri quis audebit?

27 Verùm, licet fatendum esset, q̃ basta la sciencia de la pobreza de el deudor cedido para constituir en dolo a el cediente, adhuc ex toto corde negamus, que se presuma esta sciencia en el cediente, ex breuitate temporis; ni se prueba lo contrario cõ los quatro exemplares que pondera eruditus aduocatus in iuris allegatione, á nu. 10, vsque num. 13. inclusiue, quæ sibi mutuauit Hypo. de Marsilijs *in tractatu de fideiuss. à num. 76.* Porque vistos con mediana atencion, se hallarà, que en todos ellos aliquid amplius inuenitur præter tẽporis breuitatem, como se hará llano, discurriendo por cada vno de por si.

28 El primer exemplar se toma de la decision de el Consulto *in l. si ventri, §. eorum, ff. de priuilegijs creditorum:* quod inconcionè affertur: porque el Consulto en este texto no se funda en presuncion q̃ naciese de la breuedad de el tiẽpo entre el recibir el dinero prestado para pagar acreedores, y el pagarselo con efecto, sino solamente pondera la breuedad del tiempo, vt adquisitio momentanea pecuniæ mutuatæ nihil operatur: porque la duda era, si auiendo vn deudor recibido dinero prestado para pagar acreedores priuilegiados, suce deria el mutuante en el derecho y lugar de los acreedores priuilegiados, que fueron pagados con el dinero que el prestò, vt patet ibi: *Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores priuilegiarios peruenit:* y causaua la duda, q̃ auiendo recibido en su poder el deudor el dinero prestado se leuia adquirido el dominio, vt patet ibi: *Si ante ei numerata sit, & sic debitoris facta.* Ac percõsequens no se podia dezir, que los acreedores priuilegiados auian sido pagados con dinero de el mutuante, sino con dinero de el mismo deudor: y ansi no podia pretender el mutuante sucession en el lugar de los acreedores priuilegiados, y para esta sucession necessitaua de auerlos pagado de su mano, sin que el dinero huuiesse entrado primero en manos de el deudor, vt constat ex illis verbis Consulti: *Vtrum si statim profecta est ab inferioribus ad priuilegiarios an veró, etsi per debitoris personam?* Et in hoc conflictu decidit Consultus, que si el deudor luego con aquel dinero prestado pagò los acreedores preuilegiados, sucederà el mutuante en el lugar y grado de los pagados, vt patet ibi: *Si modò non post aliquod interuallum id factum sit*: porque aunque el deudor adquirio el dominio de el dinero prestado, fue adquisicion momentanea, que no viene en consideracion para que se le deniegue a el mutuante la sucession en el lugar, y grado de los acreedores priuilegiados, qui mutuata pecunia fuere dimissi. Y entonces fuera de ponderar este texto, si el Consulto dixera, que de la breuedad del tiempo que huuo desde que se prestò el dinero hasta que se pagaran los acreedores, se presumia, que auian sido pagados cõ el mismo dinero: & adhuc facile euitatu esset argumentum, siquidem præter temporis breuitatem aliquid amplius concurrebat, scilicet el auerse tomado el dinero prestado para pagar los acreedores, y hallarse pagados con efecto, y no constar que tuuiesse otro dinero para ello, vt in simili ratiocinatur Surdus *decis. 55. num. 11.* Gratianus *decis. 891. num. 11.*

29 El ſegundo exemplar ſe toma de Bartulo *in d.* §.*eorum*, donde dijo, quód ſi aliquis alloquatur ad aurem famulum ſuum, & poſt breue tempus famulus necauerit, vel offenderit inimicum domini, præſumitur iuſſu domini datum fuiſſe damnum propter temporis breuitatem. Verùm nihil minus ad rem, de qua in præſenti, porque en la doctrina de Bartulo concurren mas circunſtancias que la breuedad de el tiempo, ſcilicet, el hablar en ſecreto a ſu criado, y la enemiſtad con el ofendido, y concurriendo todo eſto con la breuedad del tiempo, juſtamente ſe preſume que lo mãdô el ſeñor: mas deſnudando la preſuncion que ſe deduce de la breuedad del tiempo de las circunſtancias de hablar en ſecreto a vn criado, y ſer ſu enemigo el ofendido quien ſe atreuerá a dezir, que baſte la breuedad del tiempo para preſumir mandato in domino offendentis; facile enim conuincetur ex latè adductis à Farina. *in crim. q.* 134. *num.* 49. *& num*, 57. vbi ex Bart. Bald. & alijs hæc omnia ſimul requiri affirmat.

30 El tercero exemplar ſe toma de Baldo, Imola, y otros, en diferẽtes lugares donde ſe les imputa que fueron de opinion, que ſi vendatur animal, & moriatur intra triduum à die venditionis, præſumitur ſcientia infirmitatis in venditore propter temporis breuitatem: & exinde euictioni locus erit. Verùm, ſi ſe miran cõ mediana atencion eſtos Autores en ſus originales, ſe hallarâ, que no dizen, que por la breuedad del tiempo ſe preſume ſabia el dueño la enfermedad, ſino que ſe preſumẽ, que a el tiempo y antes de la vẽta animal venditum infirmitate laborabat; y con calidad de que ſe haga anotomia, y ſe hallen intus membra vlcerata, teſtis vnus pro multis nobis ſit Baldus *in d. l.* 2. *C. de r ſcin, vendit.* ibi: *Vnde ponamus vnum exemplum in boue, nam ſiquidem venditur bos vnus qui propter morbum decedit, poteſt repeti pretium per actionem rehibitoriam, vt in d. l. ædiles* §. *loquuntur in fi. & l. quod ſi nolit*, §. *idem ait hominem: & ſi dubitatur an ſit mortuus ex paſsione membrorum interiori, debet exuentrari ſeu ſcindi, & ſi appareat intus in membris vlcus, & eſt infra triduum mortuus, pretium eſt reddendum: ita dicit Io n. Immola tit. de emp. & vendi. in addit. quod fuit de facto obſeruatum, & practicatum.* Ni para la rehibitoria era neceſſario que el vendedor tuuieſſe noticia de la enfermedad, y la ocultaſe, *l.* 1. § *cauſa ff. de ædil. edicto.* ibi: *Neque enim intereſt emptori, cur fallatur, ignorantia vẽditoris, an caliditate:* ſufficit enim quòd animal morboſum fuiſſet tempore venditionis, vt rehiberetur, *l. actioni ff eodem titulo*, licet morbus lateret, *d. l.* 1. §. *intelligatur:* quid igitur ad rem facit tertium hoc exemplum?

31 El quarto exemplar toman de Bart *in l. contra legem, ff de legibus, & in l. quaro, ff. de actionibus empti*, quibus locis docuiſſe Bartolum affirmant, quód ſi aliquis homo de conſilio vendiderit corbes tritici, v.g. pro viginti. & poſt breue tempus à conſilio illo publicetur præceptum, ne vendatur niſi in quindecim, venditio facta non teneat, imó compelendus ſit conſiliarius venditor pretium reſtituere, quia ex breuitate temporis præſumitur dolus, & ſcientia præcepti, & taxæ. Verùm reſpondetur, que Bartulo no dixo, que por

por la breuedad del tiempo se presumia sciencia en el Consejero, o Regidor, quinimo expressè præsupponit habuisse veram, & nō præsumptam scientiam taxæ de proximo publicandæ, & exinde colligit, que debio manifestarlo a el comprador, ad interesse que teneri venditorem. Audias obsecro Bartolum *in d.l. contra legem num. 2.* dū sic ait: *Pone, quod ego eram magnus in communi scribam, quod consilium, & commune huius ciuitatis, seu homines debebant taxare sciebam, & mensuram frumenti, ita quod non possit vendi corbis, vel mensura nisi decem, ante quā esset notum omnibus vendidi tibi magnam quantitatem frumenti pro valde maiori pretio, & non notificaui id quod erat statutum: quæritur, an teneor in aliquo?* Eodem ferè verborum volucro Bartolus loquitur *in d.l. quæro*, inquit enim, *Quidam, qui vtebatur in palatio, cognouit, quòd informatio ordinata erat, quod frumentum venderetur pro modica quantitate, nec erat adhuc publicata, vendidit tibi frumentum pro maiori pretio, nec certiorauit te: certè videtur teneri ad interesse.*

32 A la doctrina de Gratiano, y otros que cita *disceptat. 527. num. 17. vers. acceda*: se satisface con la mesma consideracion de que va hablando en caso que concurrian otras circunstancias, fuera de la breuedad del tiempo, vt patet ibi: *accedat temporis breuitas*: attenta proprietate verbi *accedat*, quod alteri adiacere significat, *l. 1. §. quæ depositi. ff. depositi*, docent communiter DD, *in cap. accessorium, de reg. iuris, in 6.*

33 Y lo mesmo procede en la doctrina de Menochio, *d. præsumpt. 3. num. 11 lib. 5. de præsumptionibus*; porque refiere y sigue a Nata *cons. 342. num. 3.* el qual fuera de la breuedad del tiempo pondera otras circunstancias, que hizieron euidēte el dolo in casu superconsuluit

34 Iure igitur optimo cōtendimus que la breuedad del tiempo por si sola no funda, ni produce presuncion de scientia, que son los terminos en que nos hallamos; porque contra Guillermo Capelen no se alega, ni prueba circunstancia, mas que el dezir, que dentro de poco tiempo faltò de su credito Frācisco Diaz de Posadas, y que esto solo no baste se prueba bien con todos los exemplares y doctrinas que se ponderan en contrario, pues vemos, que en todas ellas ponderan sus autores fuera de la breuedad del tiempo, otras calidades, y circunstancias, & non absque ratione, quia ad præsumendum dolū saltem duplex requiritur inditium, seu coniectura: porque como se requieren dos testigos ad faciendam probationem directam, *l. vbi numerus ff. de testibus*, son necessarias dos cōiecturas, o presunciones ad faciendam probationem indirectam, & inflexam, qualis est probatio coniecturalis, docent Craueta *cons. 153. num. 11. in fine*, Decianus *cons. 32. nu. 4. lib. 3.* Farin. *d. q. 99 nu. 22.* & probabiliorem opinionem fatetur Bargalus *de dolo, lib. 4. cap. 8. num. 38.*

34 Insuper, quanta debe ser la breuedad para que obre presuncion de sciencia, o mandato, no recibe duda, que no admite tanta latitud como quieren los Abogados de Francisco Gomez Lazaro, ni mas distancia que de vn dia, o dos, o a lo mas tres, secundum gloss. *in l. 1. C. de emendatione seruo.* Alexander *in l. si quis cum aliter, numer. 24. ff. de verborum oblig. & cons. 148 lib. 2.* Aretinus *instit. de actionibus, §. duplū,*

num.

num. 10.*&* 11.*gloss.* per textum *in cap.* 2. *de clerico percussore.* Surdus *decis.* 146.*num.*17.*&* 18. & in terminis Angelus *in l. si cum dotem*, §. *similiter, ff. soluto matri.* ibi: *Intelligam autem mercatorem consilium iniuisse fugiendi, si hoc dixit coram aliquibus, l. Fulcinius*, §.*quid sit autem latitare in gloss. verbo animus, ff. quibus ex causis in poss. eatur, vel etiam ex vicinitate contractus, & fuga, vt puta, quia mercator fugitiuus hodie fugit, & heri merces emit l. si ventri*, §.*in bonis, ff. de priui. credit.* sequitur ibidē Alex. decis. Mastrillus 177. nu. 9. Surdus *cons.* 528.*num.* 9. ibi: *Ex breuitate temporis inter contractum, & fugam præsumitur præcogitatio, puta si heri contraxit & hodie aufugit*, D. Pedro Arias Noguerol *allegatione* 16.*num.* 65.*vers. & huius scientia*, & num. 57. fatetur communiter receptum, ait: *Et omnes Doctores asserunt fallimentum tam in continenti esse debere, vt accidat ipsa die contractus, aut sequenti.* Et postquā retulisset plures idē sentientes prosequitur dicens: *Vnde cum fallimentē, & decoctio accidissent post duodecim dies à celebratione contractus, & consignationem partitæ in bancho omnis fraus, & doli præsumptio cessat.* Y en nuestro caso passò mas tiempo, porque en 29. de Diziembre estaua ya efetuado el contrato, y dado orden para que se entregasse el gengibre a Guillermo Capelen; y en cinco de Enero otorgò la cessión, y en doze començô Francisco Diaz de Posadas a pedir espera a sus acreedores, y en diez y seys le fueron a buscar a su casa para prenderle, y embargarle bienes: de suerte que la breuedad de el tiempo que passó no fue de dos, o tres dias, sino de muchos mas.

Secundum principium.

36 EL segundo principio, q̄ haze euidente la justicia de Guillermo Capelen, desumitur ex tex. *in d. l. si plus*, § *fin. ff. de euictionibus:* dōde el Consulto constituye por regla, q̄ el que vende la dita tal qual es, cumple con que el derecho sea cierto, aunque no se pueda cobrar de el deudor cosa alguna, vt patet ibi: *Qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat, vt sit non etiam, vt aliquid exigi possit, &c.* Y con esta circunstancia contrató Guillermo Capelen con Francisco Gomez Lazaro, como parece por la clausula de la escritura de cessiō, ibi: *Y le otorgo esta cession a su riesgo y ventura, quier cobre los dichos marauedis, quier no, sin que sea, ni quede obligado a ningun saneamiento, mas de que los dichos marauedis le son debidos, y no pagados.* Pues no es negable, que esto fue venderle la dita que le cedia tal qual era, y con mayor expression, propter vim illorum verborum, *quier cobre, o no*, q̄ fue pacto licito, y conocido por derecho, per textum, *in leg quod si in venditione* 10. *ff. de hæreditate, vel actione vendita*, ibi: *Nec postea quid quam præstitum iri, &c.* Cum igitur id actum sit, & in verbis nulla sit dificultas non debet admitti quæstio voluntatis, *l. ille, aut ille, ff. de legatis tertio.* Præterquamquod el auer tomado a su riesgo y ventura Francisco Gomez Lazaro la dicha cessiou, nonnihil debet operari, & intelligendum, vt aliquid addat: ita vt licet ex nanatura contractus teneretur venditor bonum nomen de facto fa-

re, adhuc propter eam conuentionem, & periculi susceptionem bonum de iure facere solùmodo astringatur, vt in simili argumētātur Bartolus, & Baldus prout eos refert, & sequitur Mantica vbi proximè lib. 5 tit. 8. num. 7 & 8.

Prima aduersariorum responsio.

37 LO primero responden, que aquellas palabras, *a su riesgo y ventura*, se han de entender de el riesgo de no cobrar por falimiento de el deudor cedido, que le sobreuiniesse despues de otorgada la cessión.

Impugnatio.

38 VErùm rejicitur prædicta responsio, tū quia nullo iure probatur, tum quia ex diametro aduersatur Consulto *in d.* §, *finali* ibi: *quale fuit vendidit.* Quæ verba necessarió accipienda sunt de el riesgo y mala calidad que la dita tenia propter proprietatem illius verbi *fuit*, quod tempus præteritum, scilicet venditionis significat & importat: et qualitas adiuncta verbo intelligenda est secundum tempus verbi: *l. in delictis*, §. *si extraneus ff. de noxalibus*, *l.* 1. § *tutoris ff. quod iussu*, *l. Lutius*, vbi Bartolus *ff. de testam, milit.* Surdus *decis.* 57. *num.* 6. aliàs enim si el Consulto *in d.* § *finali*, solummodo sermonem instituisset de el riesgo futuro, y no preterito eius responsum esset de casu non dubitabili contra textum *in l. quod labeo ff de carbo. edicto*, siquidem constitutissimum erat apud omnes iuris authores venditorē futuros casus præstare non teneri, *l. Lutius ff. de euictionib. l.* 1. *C. de peri, & com, rei uendita*, vbi Bartol. Bald. Saly. et Paulus, Felicianus *d. cap.* 1. *num.* 16: Lo singular pues fue *in d.* §. *fin.* que sin embargo de que fuesse falido el deudor cedido a el tiēpo de la cession, in nihilo teneretur cedens, que es lo que vamos fundando por Guillermo Capelen.

Secunda aduersariorum responsio.

39 LO segundo responden, que para que fuesse por quenta de Frācisco Gomez Lazaro el riesgo actual de la cobrança de la dita cedida era necessario, que supiesse Francisco Gomez Lazaro, q̄ estaua falido el deudor cedido, iuxta textum *in l. si fundum*, *C. de euictionibus*, *l.* 19. *tit.* 5, *part.* 5. e insisten en que lo ignoraua.

Impugnatio.

40 SEd conuincitur prædicta responsio per ea, quæ laté diximus impugnantes opinionem distinguentium cessionarium scientem

tem ab ignorante. Fuera de que se aplicara bien la decision de la ley *si fundum* Si el pleito fuera oy sobre euiccion de la dita cedida, pretendiendo Francisco Gomez Lazaro que auia salido incierta, o porque no debia cosa alguna Francisco Diaz de Posadas, o tenia legitima excepcion para no pagar, o auia salido otro acreedor de Guillermo Capelen, que le estoruase la cobrança, o algun tercero, que pretendiesse justificadamẽte pertenecerle la dita, y no a Guillermo Capelen, que son terminos y materia de euiccion, en que procede la ley *si fundum*, mas no siendo (como no es) el pleito por ninguno de estos defectos de saneamiento; sino por dezir, que el deudor cedido està falido, y no tiene de que pagar; aunque en la sustancia la dita es cierta, y verdadera, no toca en materia de euiccion y saneamiento, que consiste propriamente, en que res, vel nomen debitoris venditum ab aliquo tertio iudice autore auferatur ex Azone, Caualino, Caldas Pereira, et alijs, quos refert, et sequitur Guzman *de euictionibus, q.* 1. *num*. 4. Y que no sea materia de euiccion el defecto de no poderse cobrar la dita del deudor cedido, claramente se prueba per textum *in d l. si plus*, § *finali*, que tantas vezes emos citado, pues tratando de quanta sea la obligacion del vendedor nominis debitoris, para que no aya lugar contra el euictionis actio, expressamente dize, que le basta hazer cierto que se le debe la cantidad, vt patet ibi: *dumtaxat vt sit*: aunq̃ no se pueda cobrar vn marauedi de el deudor cedido, vt patet ibi: *non vt etiam aliquid exigi possit*.

Tertia aduersariorum responsio.

41 LO tercero responden, que no es de creer, que Francisco Gomez Lazaro quisiesse tomar a su riesgo y ventura el caso inopinado de estar falido el deudor cedido, por ser cõtra la naturaleza de la paga que se le hazia de el precio de el gengibre, y que en el riesgo y peligro que vn contrayente toma por su quenta, no se cõprehenden los casos insolitos, y no imaginados, y que son contra la naturaleza del contrato, y acto de que se trata.

Impugnatio.

42 REsponsio hæc cæteris est impugnatu facilior, porque aunque se confiesse, sin perjuizio de la verdad, que en el tomar a su cargo Francisco Gomez Lazaro el riesgo y peligro de la cobrança de la dita que le cedio Guillermo Capelen, no se comprehenda el sucesso de no cobrar por casos insolitos, y no imaginados, por la presuncion de que siendo de esta calidad non venerunt in mentẽ contrahentium, vt relato Baldo, Castro, Alex. Craneta, et Parisio, docet Mantica *de tacitis, & ambig. conuent. lib.* 5. *tit.* 8. *num.* 5. no nos hallamos en essos terminos, porque entonces se dize el caso insolito

to,e inopinado,quando es de aquellos qui raro, vel rarissimè contingunt, y como tal es de creer, que no se acordaron de el los contrayentes,*l. fistulas*,§. *frumenta*,*ff. de contrahen. emptione*, docente Bart. *in l. Seio*,§,*medico*,*ff. d annuis leg. & in l. sed et si quis*,§ *quæsitum*, *num* 3. *ff. si quis caut.* Mantica *d. tit.* 8. *num.* 3 Brito *in cap propter sterilitatem*,*de locato*,*num.* 74. *fine*. Y que no tenga esta calidad el caso de dexar de cobrar por estar falido el deudor cedido, nemo inficias iri audebit,pues no ay cosa mas ordinaria, ni contingente con mayor frequencia que el estar los deudores falidos,y no tener de que pagar; ac per consequens no se aplica bien la doctrina de los casos insolitos,mayormente puniendose fundar, que expressamente tomò a su quenta el caso de estar falido el deudor cedido, in illis verbis; *quier cobre, o no:* pues el dexar de cobrar no podia ser possible,saltem à communiter accidētibus,sino por estar pobre el deudor,o con tantas deudas,que no alcançasen sus bienes a pagar a todos sus acreedores: con que versamur in claris, nec locus est coniecturis.

43 Insuper non video qua ratione se afirme ser contra la naturaleza de el acto el tomar a su quenta y riesgo la cobrança de la dita q̄ se le dio en pago del precio del gengibre a Frācisco Gomez Lazaro,intelligēdo etiam de periculo præsentis inopiæ debitoris cessi: siendo ansi,que no ay cosa mas natural del acto de la cession, y vēta de vna dita, que el correr el comprador, o cessionario el riesgo de la cobrança por el falimiento presente de el deudor cedido, vt, vt patet *ex d l. si nomen,& leg. si plus*,§. *fin.* y sus concordantes, & latè dictis supra,principio 1. y fue la principal razon que mouiò a Antonio Fabro *dict. lib.* 12. *coniect cap.* 8. y a Ioan Decherio *dict. differt.* 5. *lib.* 1. a impugnar la limitaciō dealgunos q̄ entēdierō la ley *si nomē*, en caso que el cessionario,o comprador de la dita supiesse, y no ignorase el salimieuto de el deudor cedido.

44 Et vltra omnes, yo pondero la especie de el Consulto *in l. quod si, in venditione ff hæredi. vel actione vendi.* donde el que vendio el derecho que tuuiesse a la herencia de Pedro,con pacto expresso de no quedar obligado a cosa alguna, aunque despues parezca no solamente no tener sustancia la herencia, sino tābien, que en ninguna manera pertenece a el vendedor, no le podrà pedir cosa alguna el comprador: luego no es contra la naturaleza de la venta, o daciō in solutum nominis debitoris el paccionar,que el nō cobrar la dita por el falimiento presente,sea por quenta del cessionario,y dà la razon el Consulto,ibi; *Quia id actum esse manifestum est, vt quemadmodum emolumentum negociationis ita periculum ad emptorem pertineret*: palabras que a la letra parece estàn romanceadas en nuestra escritura de cession,ibi: *A su riesgo y ventura quier cobre,o no,&c.* Y quadran bien al intento, pues cómo pudo tener aprouechamiento Francisco Gomez Lazaro vēdiendo su gengibre,y a mas precio del q̄ entōces corria y cobrar luego la cātidad de la cassiō,fue justo padeciese el riesgo y peligro de no poderla cobrar:y biē se deja entender,q̄ se sentia acomodado en la venta Francisco Gomez Lazaro, pues

tonó

tomó en pago vna cesiō,q̄ por buena q̄ fuesse, no era tal como el dinero de cōtado, y quiso correr el peligro de la cobrāça; porq̄ aunq̄ pretendio probar, que otros vendierō de cōtado al mismo precio, esso fue algunos dias despues: y bien notorio es, que los precios de las mercaderias por oras suben, y baxan, y no tienen punto fixo, particularmente las que se nauegan, ansi de entrada, como de salida: dedonde se infiere quan poco, o nada puede fauorecer el intento de Francisco Gomez Lazaro lo que su Abogado pōdera en el num, 15. por vltimo apoyo de lo que en los numeros precedentes quiso fundar, scilicet, que aquellas palabras, *a su riesgo y uentura, quier cobre, o no*, son generales, que se han de entender segū la naturaleza de el acto de que se trataua; pues quando le confessamos la proposicion ex prædictis satis liquet ser segun la naturaleza de el acto de que se trataua correr por quenta del cessionario, o comprador de la dita el riesgo presente en la cobrança. Fuera de que no deberse restringir aquellas palabras, *a su riesgo y ventura*, vt intelligantur secundum naturam actus, sed imó vt aliquid addant, es doctrina en terminos de Bartulo, *in d. l. sed si quis*, § *quæsitū, num* 2. dum ait: *Aut quis renuntiat, vel suscipit in se periculum casus fortuiti, & tenetur: aut hoc non exprimitur, sed suscipit in se periculum simpliciter; & tunc aut ex natura contractus veniebat leuis culpa, & veniet leuissima: aut veniebat culpa leuissima, & veniet casus fortuitus, vt verba aliquid operentur, vt l. si quando de leg.* 1. Et sequūtur omnes teste Ruyno *consi.* 81. *num.* 6. *lib.* 3. Cæphalo *cons.* 198. *num* 22. Mantica *d. tit*, 8. num. 8.

Quarta oduersariorum responsio.

45 LO quarto y vltimo responden, que en qualquier acontecimiēto, aunque Francisco Gomez Lazaro supiesse que Francisco Diaz de Posadas, contra quien era la cession, estaua falido, y pobre, siempre tenia y tiene derecho para que se le buelua el precio de la cession, arg. text. *in l. emptorem*, §. *fin. ff. de actionibus empti*, vbi qui ex pacto non tenetur de euictione, no se escusa, ni puede deuoluer el precio, nisi expressé actum sit ne teneatur de pretio restituendo.

Impugnatio.

46 SI Francisco Gomez Lazaro fundara su intencion en defecto de saneamiento de la dita cedida, y Guillermo Capelen se defendiera cō el acto especial que hizo de no quedar obligado a saneamiento alguno, fateret ingenuè, que le obstara la decision del Consulto *in d.* §. *fin.* y que tuuiera obligacion de restituir el precio que lleuò por la cession: pero es muy diferente el fundamento de su intencion, scilicet, que el deudor cedido, aunque debe la dita, no tiene de que pagarla, ni lo tenia quando se otorgó la cession. Ad cuius exclusionem no necessita Guillermo Capelen del dicho pac-

F   to

to: quia vendens, vel cedens actionem, seu ius ad rem, vel quantitatem, no vende, ni cede rem aliquam particularem, sed tantum ius illud sibi competens: et cum illud non sit euictum, meritó de euictione non tenetur cedens, iuxta textum *in l. 2. ff. de act. vel haredi. vendita*: ni por la pobreza del deudor cedido se puede dezir, quod nomen, vel ius venditum, seu cessum euictum est: tum ex dictis supra nu. 40. tum etiã ex *text. in l. 1. C. de euictionibus, l. 34. tit. 5. part. 5.* quibus cauetur, quòd non dicitur euicta hæreditas, licet omnia bona hæreditaria euicta sint; adeò vt venditor hæreditatis, nec ad pretij restitutionem teneatur. Y la razon es, quód licet singulæ, & omnes res hæreditariæ euincãtur, adhuc manet hæreditas vendita, scilicet, ius illud succedendi, quod sine vllo corpore iuris intellectum habet, *l. hæreditas de petitione hæredit.* Morla *in emporio tit. 9. in præmissis, num. 40. versi. quintus casus.* El señor don Iuã del Castillo *lib. 4. controuer. cap. 42. num. 67.* plures glomerat Guzman *de euict. q. 45. num. 1.* apprimè Rodriguez *de reditibus, lib. 2. q. 21 num. 61.* ibi: *Non obstat, quòd venditor tenetur de euictione: quia respondeo. quòd vendens nomen reditus non vendit hypothecas, sed ipsum ius reditus, & ita tenebitur de euictione ipsius iuris reditum percipiendi, non verò de euictione hypothecarium*: similiter ergo, licet debitor cęsus soluendo non sit, adhuc remanet actio cæsa, et ius ad exigendum quantitatem debitam, que basta para que no aya materia de euiccion, ni tenga necessidad de valerse Guillermo Capelen del pacto cõ que cedio, scilicet, de no quedar obligado a saneamiento alguno.

47 Præterquamquòd, de muchas limitaciones que Anton. Thesauro acumuló, en que no procede la decision del texto in *d. l. emptorẽ, § fin.* es vna, scilicet, cum venditur hæreditas, vel actio: audi Thesaurum, *lib. 1. forensium, q. 77. nu. 9.* dum ait: *Septimo in emptore hæreditatis, quia is neque poterit repetere pretium, neque de euictione agere, l. 1. de euictionibus, idemque erit in actione, vel re incerta vendita toto titulo, ff. & C. de hæred vel act. vendita*: hactenus Thesaurus.

Ex quibus parece queda bien fundada la justicia de Guillermo Capelen, para que se confirme la sentencia de vista. Salua in omnibus tui perdocta censura, cuius auspitijs hæc omnia.

Lic. don Diego de Cuellar Velazquez.